



## Swissness bei Produktionsgütern und beim Film

ROLAND MÜLLER



THOMAS GEISER



MÉLISSA DUFOURNET

Die schlichte Kennzeichnung eines Produktes mit der schweizerischen Herkunft kann einen Mehrwert im Sinne eines höheren Absatzes generieren. Um den Missbrauch der Kennzeichenverwendung zu verhindern, existieren zahlreiche Vorschriften, welche die Voraussetzungen des Gebrauchs regeln. Mit der Verabschiedung der sogenannten Swissness-Vorlage werden diese Regeln teilweise vereinheitlicht und präzisiert, wobei dennoch Fragen offen bleiben, welche in der Praxis zu Unsicherheiten führen könnten. Die revidierte Gesetzgebung wird neu auch Aufwendungen für Forschung und Entwicklung in den Voraussetzungen der Nutzung der schweizerischen Herkunftsbezeichnung berücksichtigen. Nach wie vor nicht berücksichtigt werden Kosten für die Verpackung und das Marketing der Produkte. In Analogie zur Herkunftsbezeichnung bei Produktionsgütern spielt das Kriterium des schweizerischen Anteils auch beim Film eine wesentliche Rolle. Denn erst wenn der schweizerische Anteil genügend gross ist, werden Fördergelder des Bundes zugänglich. Demzufolge misst sich sämtlicher Profit an der Definition der Swissness.

La simple identification d'un produit avec l'indication de provenance « Suisse » peut entraîner une plus-value sous forme de hausse des ventes. Afin d'éviter des abus dans l'utilisation des désignations, il existe de nombreuses dispositions qui règlent les conditions de cet usage. L'adoption dudit projet Swissness a, en partie, pour effet d'unifier et de préciser ces règles, mais laisse toutefois certaines questions ouvertes. Cela pourrait conduire à des incertitudes dans la pratique. La législation révisée prend désormais aussi en compte les frais de recherche et de développement dans les conditions pour l'utilisation de l'indication de provenance suisse. En revanche, les frais d'emballage et de marketing des produits ne sont toujours pas pris en considération. Par analogie avec l'indication de provenance des biens de production, le critère de la participation suisse joue également un rôle essentiel pour les films. En effet, ce n'est que si la participation suisse est suffisamment importante que des subventions fédérales sont envisageables. Par conséquent, tout profit se mesure à la définition de la suissitude ou Swissness.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsgrundlagen
  1. Regulierungsübersicht
    - a. Allgemein gültige Normen
    - b. Sektoriell gültige Normen
    - c. Gesetzesrevision
  2. Industrie- und Technologiegüter
    - a. Rechtsprechung der Gerichte
    - b. Auswirkungen in der Praxis
  3. Schweizer Film
    - a. Besonderheiten der öffentlichen Filmförderung
    - b. Rechtspraxis zur Qualifizierung als Schweizer Film
    - c. Auswirkungen in der Praxis
- III. Abgrenzungsprobleme in der Praxis
  1. Bedeutung von Konzeption und Entwicklung
    - a. Forschung und Entwicklung bei Produktionsgütern
    - b. Drehbuch und Entwicklung beim Schweizer Film
  2. Bedeutung von Zusatzleistungen
    - a. Verpackungen

- b. Trailer und Promotion
- IV. Aktuell ungenügende Regulierung
  1. Zusammenfassung der Abgrenzungsprobleme betreffend Swissness
  2. Empfehlungen
    - a. Empfehlungen allgemeiner Art
    - b. Überprüfung der Swissness-Voraussetzungen

### I. Einleitung

Die schweizerische Herkunft eines Produktes generiert einen nicht zu vernachlässigbaren wirtschaftlichen Wert;

ROLAND MÜLLER, Prof. Dr. iur., Universität St. Gallen/Bern.  
 THOMAS GEISER, Prof. Dr. iur., Universität St. Gallen.  
 MÉLISSA DUFOURNET, M.A. HSG in Law, Zürich.

denn Schweizer Produkte geniessen im In- und Ausland einen hervorragenden Ruf, da damit Werte wie Qualität, Exklusivität und Präzision verbunden werden. Die Swissness stellt einen Wettbewerbsvorteil dar, den viele Unternehmen nutzen wollen. Dies hat zur Folge, dass die missbräuchlichen Verwendungen zunehmen, was wiederum die Attribute der Swissness verwässert. Um die aktuellen Gesetzesbestimmungen zu umgehen, verwenden Unternehmen neue Slogans wie «Born in Switzerland» oder «Designed in Switzerland», was die Frage aufwirft, ob sich der Konsument dieser Unterscheidung bewusst ist oder schlichtweg getäuscht wird. Von essentieller Bedeutung ist demnach die Frage, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit ein Unternehmen von der Swissness Gebrauch machen darf. Dieses Problem haben die Räte in der Sommersession 2013 ein letztes Mal beraten und schliesslich in der Schlussabstimmung vom 21. Juni 2013 eine Änderung des Marken- und Wappenschutzgesetzes verabschiedet.<sup>1</sup> Die bisherige Gesetzesgrundlage war ungenügend und trug der wirtschaftlichen Realität zu wenig Rechnung. So wurden Aufwendungen für Konzeption und Entwicklung sowie Zusatzleistungen bei der Herkunftsrechnung nicht berücksichtigt. Gerade bei Industriegütern haben diese Aufwendungen jedoch im Verhältnis zur effektiven Produktion eine massgebende Bedeutung. Etwas weniger augenscheinlich, aber genauso wichtig, sind diese Faktoren bei der Produktion eines Schweizer Filmes, der aufgrund seiner Qualifikation zu Fördergeldern zugelassen wird.

## II. Rechtsgrundlagen

### 1. Regulierungsübersicht

Herkunftsangaben dürfen nur dann zur Kennzeichnung von Produkten und Leistungen verwendet werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Die Bestimmungen, welche die Voraussetzungen definieren, finden sich in verschiedenen Gesetzen wieder, wobei sie nach Leistung oder Produkt variieren. Im Folgenden wird deshalb einerseits auf die allgemein gültigen Normen sowie andererseits auf die sektoriell gültigen Normen eingegangen.

#### a. Allgemein gültige Normen

Art. 3 lit. b des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>2</sup> sieht vor, dass unlauter handelt, wer über seine Waren, Werke oder Leistungen unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Geografische Herkunftsangaben lassen Rückschlüsse auf Qualität und Zusammensetzung der Ware zu, weshalb sie in den Anwendungsbereich von Art. 3 lit. b UWG fallen.<sup>3</sup>

Art. 2 des Wappenschutzgesetzes<sup>4</sup> verbietet die Benutzung der Wappen der Eidgenossenschaft oder der Kantone sowie die Worte «Schweizerwappen», «Schweizerkreuz» oder Angaben, die auf das eidgenössische Wappen oder Kreuz hinweisen, zu geschäftlichen Zwecken zu verwenden, wie namentlich als Bestandteile von Fabrik- oder Handelsmarken, auf Erzeugnissen oder auf der Verpackung von Erzeugnissen anzubringen. Das allgemeine Gebrauchsverbot gilt gleichermassen für das Wappen wie für das Kreuz oder die Fahne.

Art. 48 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes (MSchG)<sup>5</sup> legt fest, dass sich die Herkunft der Ware nach dem Ort der Herstellung oder nach der Herkunft der verwendeten Ausgangsstoffe und Bestandteile bestimmt. Zusätzlich hält Art. 48 Abs. 2 MSchG einen nicht abschliessenden Katalog weiterer Kriterien bereit, die u.U. neben den in Abs. 1 genannten Kriterien erfüllt sein müssen. So werden explizit die Einhaltung ortsüblicher oder am Ort vorgeschriebener Herstellungsgrundsätze und Qualitätsanforderungen genannt.<sup>6</sup> Art. 48 Abs. 3 MSchG stellt schliesslich auf der Vermutung der Richtigkeit der Branchenusanzen ab, welche Herstellungsschritte im Herkunftsgebiet erfolgen müssen. Der Herstellungsort ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dort, wo der wesentliche Teil der Herstellung erfolgt und die Ware wichtige Fabrikationsschritte durchläuft, auf welche ein angemessener Teil der Gestehungskosten entfällt.<sup>7</sup> Trotz der in Art. 48 MSchG

<sup>1</sup> Zur Gesetzesrevision ausführlich hinten II.1.c. An dieser Stelle danken die Autoren Frau AGNÈS VON BEUST und Herrn STEFAN SZABO, Mitarbeiter des IGE, für die zahlreichen wertvollen Anregungen zur vorliegenden Publikation.

<sup>2</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, SR 241.

<sup>3</sup> CARL BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht Kommentar*, Basel/Genf/München 2001; Art. 3 lit. b N 162.

<sup>4</sup> Bundesgesetz zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen vom 5. Juni 1931, SR 232.21.

<sup>5</sup> Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG) vom 28. August 1992, SR 232.11.

<sup>6</sup> So beispielsweise bei qualifizierten Herkunftsangaben wie «Basler Leckerli», «Willisauer Ringli», «Bündner Nusstorte» oder dergleichen; vgl. MICHAEL NOTH/GREGOR BÜHLER/FLORENT THOUVENIN, *Markenschutzgesetz (MSchG), Handkommentar*, Bern 2009 (zit.: *Kommentar-MSchG/AUTOR*, Art. N); *Kommentar-MSchG/WOLFGANG HOLZER*, Art. 48 N 34.

<sup>7</sup> BGer, PMMBI 1971, 84, 86.

genannten Kriterien kann sich die Bestimmung der tatsächlichen Herkunft von Waren als schwierig erweisen. Dies gilt namentlich hinsichtlich der Gewichtung der Kriterien untereinander, verschiedener Produktionsstandorte sowie der Beweisführung im Prozess.<sup>8</sup> Zur Beurteilung der Herkunft einer Ware bestehen dennoch gewisse Fallgruppen. So wird zwischen den reinen Naturerzeugnissen, den verarbeiteten Naturerzeugnissen und den industriellen Erzeugnissen unterschieden.<sup>9</sup> Allerdings müssen zahlreiche Spezialregelungen beachtet werden, welche Art. 48 MSchG als Grundbestimmung ergänzen.

Neben den gesetzlichen Normen existieren Vorgaben von Selbstkontrollorganisationen wie der Lauterkeitskommission. Die Lauterkeitskommission ist ein Selbstkontrollorgan der Werbebranche und beurteilt anhand von ihr aufgestellter und öffentlich zugänglicher Grundsätze die Lauterkeit von Werbemassnahmen. Grundsatz 2.1 der Lauterkeitskommission sieht vor, dass die Verwendung des Begriffs «Schweizer Ware» oder eine gleichlautende Bezeichnung in der Werbung nur dann lauter ist, wenn die Verarbeitung in der Schweiz wertmässig mindestens 50 Prozent der totalen Produktionskosten (Rohmaterialien, Halbfabrikate, Zubehörteile, Löhne, Fabrikationsgemeinkosten) ausmacht. In einem Beschwerdeentscheid<sup>10</sup> der Lauterkeitskommission hat sich dieselbe dahingehend geäußert, dass Forschungs- und Entwicklungskosten als Produktionskosten gelten und bei der Herkunftsrechnung berücksichtigt werden sollten.<sup>11</sup>

## b. Sektoriell gültige Normen

Mit den allgemein gültigen Normen kann der Schutz geografischer Herkunftsangaben nicht genügend gewährleistet werden, weshalb zahlreiche sektoriell geltende Normen bestehen. Im Folgenden werden deshalb die Bestimmungen aufgezählt, welche für die Industrie- und Technologiegüter, die Uhrenindustrie, die Urproduktion und die Filmbranche gelten.

### aa. Industrie- und Technologiegüter

Zur Eruiierung des Herkunftsorts aller Waren und damit auch von Industrie- und Technologiegütern sind die Kriterien in Art. 48 MSchG massgebend. Die Qualität von In-

dustrie- und Technologiegütern wird dabei primär durch den Herstellungsprozess geprägt. Massgebend für die Bestimmung der Herkunft ist daher der Ort, an dem die Ware mit den für den Verkehr *wesentlichen Bestandteilen* ausgestattet wurde. Demzufolge ist die Herkunft der Ausgangsstoffe bei Industrie- und Technologiegütern nur sekundär zu beachten.<sup>12</sup> HOLZER stellt allerdings zu Recht fest, dass es heute realitätsfremd sei, bloss auf den physischen Herstellungsvorgang, nicht aber auf den immateriellen Teil der Wertschöpfung abzustellen.<sup>13</sup>

### bb. Uhrenindustrie

Detaillierte Vorschriften betreffend die Herkunftsbezeichnung gelten in der Uhrenindustrie. Art. 1a der Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren (die sogenannte *Swiss-MadeV*)<sup>14</sup> konkretisiert Art. 48 MSchG. Danach ist eine Uhr nur dann als Schweizer Uhr anzusehen, wenn: «a. ihr Werk schweizerisch ist; b. ihr Werk in der Schweiz eingeschaltet wird und c. der Hersteller ihre Endkontrolle in der Schweiz durchführt.» Ein Uhrwerk gilt als schweizerisch, wenn es in der Schweiz zusammengesetzt und kontrolliert wird und die Bestandteile aus schweizerischer Fabrikation, ohne Berücksichtigung der Auslagen für das Zusammensetzen, mindestens 50 Prozent des Wertes der Uhr ausmachen.<sup>15</sup> Das Handelsgericht Zürich warf allerdings in einem Fall, der letztlich nicht materiell entschieden wurde, die Frage auf, ob dieser starke Fokus auf das Werk der Uhr dem durchschnittlichen Verständnis des Publikums betreffend der Herkunft einer Uhr überhaupt entspreche.<sup>16</sup>

<sup>8</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 13; Hand-Kommentar-MSchG/CHRISTOPH WILLI, Art. 48 N 1 f.

<sup>9</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 20 ff.

<sup>10</sup> Die Grundsätze und Entscheide der Lauterkeitskommission haben keinerlei rechtsverbindlichen Charakter; vgl. Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 10.

<sup>11</sup> Vgl. <http://www.lauterkeit.ch/fall10.htm>.

<sup>12</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 28; Hand-Kommentar-MSchG/WILLI (FN 8), Art. 48 N 7.

<sup>13</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 30.

<sup>14</sup> Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren (*Swiss-MadeV*) vom 23. Dezember 1971, SR 232.119.

<sup>15</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 50 N 9 ff.: Zudem sind bei der Auslegung der *Swiss-MadeV* auch das Abkommen betr. die Erzeugnisse der Uhrenindustrie zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten vom 30. Juni 1967 (SR 0.632.290.13) sowie das Ergänzungsabkommen, welches im Rahmen des Freihandelsabkommens (FHA) vom 2. Juli 1972 ausgehandelt wurde, zu beachten. Diese Abkommen erlauben bei der Herkunftsrechnung, beim Einbau von Bestandteilen aus Vertragsstaaten für die Berechnung des schweizerischen Wertanteils von 50 Prozent auch die Kosten des Zusammensetzens zu beachten. Dies hat zum Resultat, dass Bestandteile aus Vertragsstaaten in die Uhr eingebaut werden können und diese trotzdem die Qualität als Schweizer Uhr nicht verliert; vgl. dazu auch kritisch das Handelsgericht Zürich im Beschluss vom 3. April 2000, ZR 2003 6 ff.

<sup>16</sup> ZR 2003, 6 ff.

## cc. Lebensmittelproduktion

Art. 18 des Lebensmittelgesetzes (LMG)<sup>17</sup> statuiert ein Täuschungsverbot. Täuschend sind dabei namentlich Angaben und Aufmachungen, die geeignet sind, beim Konsumenten falsche Vorstellungen über Herstellung, Zusammensetzung, Beschaffenheit, Produktionsart, Haltbarkeit, Herkunft, besondere Wirkungen und Wert des Lebensmittels zu wecken.

Art. 10 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV)<sup>18</sup> sieht vor, dass für Lebensmittel verwendete Bezeichnungen, Angaben, Abbildungen, Umhüllungen, Verpackungen, Umhüllungs- und Verpackungsaufschriften die Arten der Aufmachung und die Anpreisungen den Tatsachen entsprechen müssen bzw. nicht zur Täuschung, namentlich über Natur, Herkunft, Herstellung, Produktionsart, Zusammensetzung, Inhalt und Haltbarkeit der betreffenden Lebensmittel, Anlass geben dürfen. Die Verordnung über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geografischen Angaben für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse (GUB/GGA-Verordnung)<sup>19</sup> hält denn auch für den Landwirtschaftssektor Bestimmungen bereit, die Gebietsnamen und traditionelle Bezeichnungen von landwirtschaftlichen Erzeugnissen durch Eintragung in das vom Bundesamt für Landwirtschaft geführte GUB/GGA Register schützen, deren Haupteigenschaften und Qualität durch ihre geografische Herkunft bestimmt werden, wie bspw. die «St. Galler Bratwurst» oder der «Vacherin Mont-d'Or». Ist ein Name geschützt, so ist es nur Produzenten des entsprechend definierten geografischen Gebiets erlaubt, den Namen zu benutzen. Die Produzenten müssen sich dabei an ein detailliertes Pflichtenheft halten.<sup>20</sup>

Das Verbot der Täuschung über die Herkunft wird zudem mit den obligatorischen Deklarationsvorschriften des Lebensmittelrechts ergänzt. So gilt gemäss Art. 15 Abs. 1 der Verordnung des EDI über die Kennzeichnung und Anpreisung von Lebensmitteln (LKV)<sup>21</sup> ein Lebensmittel als in der Schweiz produziert, wenn es in der Schweiz voll-

ständig erzeugt oder genügend bearbeitet oder verarbeitet worden ist.<sup>22</sup> Massgebend ist demzufolge der Ort, wo die Erzeugnisse gewonnen oder gewachsen sind. Dies findet bei unverarbeiteten Landwirtschaftsprodukten Anwendung, so bspw. bei Walliser Aprikosen oder im Berner Seeland gewachsenen Kopfsalaten.<sup>23</sup> Unerheblich ist dabei, ob der Setzling aus Frankreich eingeführt wurde.

Bei den verarbeiteten Naturerzeugnissen,<sup>24</sup> wie bspw. Wurst, Käse, Tabakwaren oder Spirituosen, kann der wert- und damit herkunftsbestimmende Faktor sowohl in der Verarbeitung als auch in den verarbeiteten Rohstoffen liegen, wobei sich keine allgemein gültigen Kriterien aufstellen lassen, wann welches Kriterium überwiegt.<sup>25</sup> Entscheidend ist, ob dem Produkt durch die Verarbeitung zusätzliche Eigenschaften verliehen werden und welcher Anknüpfungspunkt aus Sicht des Abnehmers für den Ruf und die Qualität des Endprodukts massgebend ist. Bei Tabakwaren richtet sich die Herkunftsangabe primär nach der Herkunft des Tabaks.<sup>26</sup> Bei Weinen und Spirituosen ist die Herkunft primär nach dem Anbaugebiet und nur sekundär nach dem Ort der Kelterung zu bestimmen,<sup>27</sup> wobei bspw. Art. 21 der Verordnung über den Rebbau und die Einfuhr von Wein (Weinverordnung)<sup>28</sup> bei Weinen mit kontrollierter Ursprungsbezeichnung sowie kantonale unterschiedliche Gesetzgebungen zu berücksichtigen sind. Schokolade gilt gemäss Art. 53 Abs. 3 der Verordnung des EDI über Zuckerarten, süsse Lebensmittel und Kakaoerzeugnisse<sup>29</sup> als Schweizer Schokolade, wenn die Kakao- bohnen resp. die Kakaomasse vollständig in der Schweiz zu Schokolade verarbeitet wurden.

## dd. Film

Art. 2 Abs. 2 des Filmgesetzes (FiG)<sup>30</sup> sieht vor, dass als Schweizer Film jeder Film gilt, der zu einem wesentli-

<sup>17</sup> Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LGV) vom 9. Oktober 1992, SR 817.0.

<sup>18</sup> Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV) vom 23. November 2005, SR 817.02.

<sup>19</sup> Verordnung über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geografischen Angaben für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse vom 28. Mai 1997, SR 910.12.

<sup>20</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 5 f.

<sup>21</sup> Verordnung des EDI über die Kennzeichnung und Anpreisung von Lebensmitteln vom 23. November 2005, SR 817.022.21.

<sup>22</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 22: Bei der Lebensmittelproduktion wird zwischen den reinen und den verarbeiteten Naturerzeugnissen unterschieden. Die Verkehrsfähigkeit reiner Naturerzeugnisse ist bereits gegeben, ohne dass es einer zusätzlichen menschlichen Tätigkeit bedarf, weshalb primär auf dem Ort der Erzeugung abgestellt wird.

<sup>23</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 22; Hand-Kommentar-MSchG/WILLI (FN 8), Art. 48 N 5.

<sup>24</sup> Vgl. Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 23 ff.

<sup>25</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 23.

<sup>26</sup> Hand-Kommentar-MSchG/WILLI (FN 8), Art. 48 N 6.

<sup>27</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 25; vgl. auch BGE 104 IV 140, E. 3.

<sup>28</sup> Verordnung über den Rebbau und die Einfuhr von Wein (Weinverordnung) vom 14. November 2007, SR 916.140.

<sup>29</sup> Verordnung des EDI über Zuckerarten, süsse Lebensmittel und Kakaoerzeugnisse vom 23. November 2005, SR 817.022.101.

<sup>30</sup> Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur (Filmgesetz, FIG) vom 14. Dezember 2001, SR 443.1.



chen Teil von einem Autor mit schweizerischer Nationalität oder mit Wohnsitz in der Schweiz realisiert worden ist; von einer natürlichen Person mit Wohnsitz oder von einer Unternehmung mit Sitz in der Schweiz produziert worden ist, an deren Eigen- und Fremdkapital sowie deren Geschäftsleitung mehrheitlich Personen mit Wohnsitz in der Schweiz beteiligt sind; und, *soweit als möglich*,<sup>31</sup> mit künstlerischen und technischen Mitarbeitern<sup>32</sup> schweizerischer Nationalität oder mit Wohnsitz in der Schweiz und durch filmtechnische Betriebe in der Schweiz hergestellt worden ist.<sup>33</sup> Der Wortlaut deutet darauf hin, dass die Beurteilung nach dem im Einzelfall Zumutbaren zu erfolgen hat.<sup>34</sup>

Art. 8a der Filmförderungsverordnung (FiFV)<sup>35</sup> normiert, dass bei Schweizer Filmen der Anteil der künstlerischen und technischen Mitarbeiter schweizerischer Nationalität oder mit Wohnsitz in der Schweiz und der Anteil der filmtechnischen Betriebe aus der Schweiz *mindestens 50 Prozent* betragen müssen. Art. 8a Abs. 2 FiFV sieht allerdings in begründeten Einzelfällen Ausnahmen (insbesondere für Dokumentarfilme) vor, sofern in der Schweiz keine geeigneten Personen oder Betriebe gefunden werden konnten.<sup>36</sup> Abs. 3 regelt sodann die massgebenden Aspekte bei der Bestimmung des Schweizer Anteils. Demnach sind bei den künstlerischen und technischen Mitarbeitern die Besetzung der verantwortlichen Posten sowie bei den filmtechnischen Betrieben die Vergabe der wesentlichen Produktions- und Postproduktionsarbeiten von übergeordneter Bedeutung.

Zu beachten ist, dass Art. 8a Abs. 3<sup>bis</sup> FiFV dem zuständigen Bundesamt die Kompetenz einräumt, für die Bestimmung des Anteils ein Punktesystem vorzusehen, welches den verschiedenen künstlerischen und technischen Funktionen sowie den filmtechnischen Arbeiten nach Massgabe ihres Beitrags zum jeweiligen Genre einen Punktwert zuordnet.

Dieses Punktesystem, obwohl wünschenswert, wurde bisher jedoch nicht umgesetzt. Mithilfe des Punktesystems könnten die einzelnen Kriterien besser gewichtet werden, was zu mehr Rechtssicherheit und Transparenz bei der Vergabe von Fördergeldern führen würde.

Art. 8a Abs. 4 FiFV regelt sodann, dass Autoren und Autorinnen nach Art. 2 Abs. 2 lit. a FiG sowie Produzenten und Produzentinnen nach Art. 2 Abs. 2 lit. b FiG bei der Bestimmung des Anteils der künstlerischen und technischen Mitarbeitern nicht mitgezählt werden.<sup>37</sup>

Koproduktionen<sup>38</sup> müssen gemäss Art. 8 Abs. 1 FiFV einen Anteil an schweizerischen künstlerischen und technischen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen aufweisen, der dem schweizerischen Finanzierungsanteil entspricht. Als schweizerischer Finanzierungsanteil gilt dabei der Anteil des Schweizer Produzenten oder der Schweizer Produzentin. Art. 8 Abs. 2 FiFV regelt sodann, dass die Mindestanteile für eine Anerkennung als Koproduktion vom jeweiligen internationalen Koproduktionsabkommen abhängig ist.<sup>39</sup>

### c. Gesetzesrevision

Um den Schutz des Mehrwertes «Schweiz» und das hohe Potenzial der «Swissness» in der Werbung und anderweitig im In- und Ausland langfristig und nachhaltig zu sichern, hat der Bundesrat am 18. November 2009 die Botschaft zum Gesetzgebungsprojekt «Swissness» verabschiedet.<sup>40</sup> Die letzte Differenzvereinbarung fand in der Sommersession 2013 statt.<sup>41</sup> Nachdem das Parlament am 21. Juni 2013 das neue Markenschutzgesetz sowie das

<sup>31</sup> BVGer C-5736/2007 vom 8.8.2008, E. 3.3.1.: Beim Begriff «soweit als möglich» kommt der Behörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Dabei ist zu fragen, ob es den Produzenten, unter den gegebenen äusseren und inneren Umständen der Realisation des Projektes, zumutbar war, schweizbezogene Mitwirkende einzubinden.

<sup>32</sup> Vgl. BUNDESAMT FÜR KULTUR (BAK), Praktische Hinweise, Definition als Schweizer Film, Anerkennung als offizielle Koproduktion, April 2011: Als künstlerische Positionen gelten bei einem Spielfilm beispielsweise der Drehbuchautor, Komponist, Hauptdarsteller oder der Chefkameramann, als technische Positionen gelten der Ausstattungsleiter, Tonmeister, Chef Kostüme, 1. Regieassistent oder der Chefbeleuchter.

<sup>33</sup> Vgl. zum Filmgesetz vom 28. September 1962 WILHELM BIRCHMEIER, Kommentar zum Eidgenössischen Filmgesetz, Zürich 1964.

<sup>34</sup> BVGer C-5736/2007 vom 8.8.2008, E. 3.3.1.; vgl. ADRIANO VIGANÒ/KAI-PETER UHLIG, Filmfinanzierung, in: Peter Mosimann/Marc-André Renold/Andrea F. G. Raschèr (Hrsg.), Kultur Kunst Recht, Basel 2009, 829 f.

<sup>35</sup> Verordnung des EDI über die Filmförderung (FiFV) vom 20. Dezember 2002, SR 443.113.

<sup>36</sup> Vgl. auch KAI-PETER UHLIG, Tribune: Das Gesetz und dessen Geist, Cine Bulletin, Februar 2009 (zit.: UHLIG, Tribune).

<sup>37</sup> Vgl. zur Frage der Gesetzeskonformität des Art. 8a FiG: UHLIG (FN 36), Tribune.

<sup>38</sup> Vgl. II.3.a.

<sup>39</sup> Koproduktionsabkommen hat die Schweiz mit Deutschland und Österreich (trilateral), Frankreich, Italien und Kanada abgeschlossen sowie mit der französischen Gemeinschaft Belgiens. Zudem hat die Schweiz auch das Europäische Übereinkommen über die Gemeinschaftsproduktion von Kinofilmen unterzeichnet, welchem bereits 38 Länder angehören.

<sup>40</sup> Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen («Swissness»-Vorlage), BBl 2009, 8533 ff.

<sup>41</sup> Vgl. <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2009/20090086/N6%20D.pdf>.

neue Wappenschutzgesetz in der Schlussabstimmung angenommen hat,<sup>42</sup> stand den Neuerungen nur noch ein allfälliges fakultatives Referendum des Volks und der Kantone entgegen, wobei die Referendumsfrist am 10. Oktober 2013 ungenutzt abgelaufen ist.<sup>43</sup> Im Folgenden ist es am Bundesrat resp. der Verwaltung, die Ausführungsbestimmungen auszuarbeiten. Die externe Vernehmlassung zu den Ausführungsbestimmungen ist für Sommer 2014 geplant und die Konsultation der parlamentarischen Kommissionen auf Ende 2014. Das voraussichtliche Inkrafttreten ist vor Ende 2015 vorgesehen.<sup>44</sup>

#### aa. Materielle Gesetzesrevision

Weil die missbräuchliche Verwendung der Bezeichnung «Schweiz» und des Schweizerkreuzes heute weder in der Schweiz noch auf internationaler Ebene genug rigoros bekämpft wird, sieht die Swissness-Vorlage eine Verstärkung des Schutzes vor.<sup>45</sup> So regelt Art. 47 Abs. 3 lit. c nMSchG mögliche Überschneidungen zwischen Herkunftsangaben und anderen Kennzeichen: Unzulässig ist der Gebrauch eines Namens, einer Firma,<sup>46</sup> einer Adresse oder einer Marke im Zusammenhang mit Waren oder Dienstleistungen fremder Herkunft, wenn sich daraus eine Täuschungsgefahr ergibt. Das heisst, dass der Gebrauch einer Firma «Muster Schweiz AG» grundsätzlich zulässig ist, solange nicht durch deren Anbringen auf den Produkten über die wahre Herkunft der Produkte getäuscht wird.<sup>47</sup> Explizit für unzulässig werden auch Herkunftsangaben erklärt, die zusammen mit Zusätzen wie «Art», «Typ», «Stil» oder «Nachahmung» gebraucht werden, sofern nicht die gleichen Anforderungen erfüllt werden, die für den Gebrauch der Herkunftsangaben ohne diese Zusätze gelten und eine Täuschungsgefahr besteht.<sup>48</sup> Gerade delokalisierende Zusätze wie «Art», «Typ», «Stil», «Nachahmung» etc. werden von den an-

gesprochenen Konsumentinnen und Konsumenten meist nur am Rand wahrgenommen. Solche Zusätze werden bei Herkunftsangaben jedoch bewusst eingesetzt, um das so bezeichnete Produkt in die Nähe des Herkunftsproduktes zu rücken und von dessen Ruf zu profitieren. Der Abnehmer macht trotz des scheinbar klarstellenden Zusatzes eine Assoziation zur genannten Herkunft, was letztlich zur Verwässerung und Schwächung der eigentlichen Herkunftsangabe beiträgt. Mit der Swissness-Vorlage dürfen solche Zusätze nur noch verwendet werden, wenn die Anforderungen erfüllt werden, die für den Gebrauch der Herkunftsangaben ohne diese Zusätze gelten. In Zukunft wird es deshalb nicht mehr ausschlaggebend sein, wie das Produkt wahrgenommen wird.<sup>49</sup> Werden Angaben zu Forschung, Design<sup>50</sup> oder anderen spezifischen Tätigkeiten, die mit dem Produkt in Zusammenhang stehen, gemacht, muss zudem die gesamte auf dem Produkt erwähnte spezifische Tätigkeit am entsprechenden Ort stattgefunden haben.<sup>51</sup> Der in der Einleitung erwähnte Slogan «Designed in Switzerland» ist dementsprechend nur unter den vorgenannten Voraussetzungen risikolos zu verwenden.

Bezüglich der Berechnung des Herkunftsanteils sind nachfolgende Bestimmungen vorgesehen, wobei wiederum zwischen den Naturprodukten, den Lebensmitteln und anderen Produkten wie den Industrieprodukten unterschieden wird.

Bei *Naturprodukten* bestimmt sich die Herkunft aufgrund eines Kriteriums, welches durch die Art des Produkts definiert wird. So ist bspw. der Ort der Gewinnung für mineralische Erzeugnisse oder der Ort der Ernte für die pflanzlichen Erzeugnisse vorgesehen.<sup>52</sup>

Bei *den Lebensmitteln*, die durch die Verarbeitung neue wesentliche Eigenschaften<sup>53</sup> erhalten haben, kommen kumulative Kriterien zur Anwendung, um die tatsächliche Anknüpfung des Produktes an den Ort der Herkunft sicherzustellen. Zudem sind die Bestimmungen des Lebensmittelrechts, insbesondere Art. 18 LMG sowie Art. 10 LGV weiterhin anwendbar.<sup>54</sup> Das revidierte Markenschutzgesetz sieht vor, dass bei den Lebensmitteln mindestens 80 Prozent des Gewichts der Rohstof-

<sup>42</sup> Vgl. [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch\\_id=20090086](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20090086).

<sup>43</sup> Vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. a BV.

<sup>44</sup> Vgl. Informationsblatt des IGE: <https://www.ige.ch/juristische-infos/rechtsgebiete/swissness/verlauf.html>.

<sup>45</sup> BBl 2009 (FN 40), 8535.

<sup>46</sup> Vgl. Kommentar-MSchG/FLORENT THOUVENIN/LARA DORIGO, Art. 13 N 23: Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung darf bereits heute die Verwendung des Firmennamens nicht zu einer Irreführung über die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen führen. Die Aufnahme der Firma in die Aufzählung nach Art. 47 Abs. 3 lit. c nMSchG ist demnach aus Transparenzgründen erfolgt.

<sup>47</sup> BBl 2009 (FN 40), 8583.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 47 Abs. 3 Bst. 3<sup>bis</sup> und 3<sup>ter</sup> nMSchG; BBl 2009 (FN 40), 8584: Davon zu unterscheiden sind allerdings Herkunftsangaben, die als Gattungsbezeichnung wahrgenommen werden, wie beispielsweise «Zürcher Geschnetzelt».

<sup>49</sup> Schriftliche Auskunft des IGE vom 8. November 2013.

<sup>50</sup> Beispielsweise «Designed in Switzerland» oder «Swiss Research».

<sup>51</sup> Vgl. Art. 37 Abs. 3<sup>ter</sup> nMSchG; BBl 2009 (FN 40), 8584 f.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 48a nMSchG; BBl 2009 (FN 40), 8536; SAMANTHA SCHULER, Wer hat's erfunden? – Die neuen Bestimmungen zur Kennzeichnung Schweizer Produkte und Dienstleistungen, sic! 10/2013, 594 ff.

<sup>53</sup> Vgl. zur Definition von verarbeiteten Naturprodukten MONIKA GATTIKER, Die Swissness-Vorlage: Herkunftsangaben nach Schweizerischem Recht, MarkenR 09/2013 325 ff., 328.

<sup>54</sup> Vgl. BBl 2009 (FN 40), 8590.

fe oder der Zutaten, aus denen sich das Produkt zusammensetzt, aus der Schweiz stammen müssen.<sup>55</sup> Bei dieser Berechnung müssen alle Rohstoffe angerechnet werden, für die der Selbstversorgungsgrad der Schweiz mindestens 50 Prozent beträgt. Rohstoffe, für die der Selbstversorgungsgrad 20 bis 49,9 Prozent beträgt, sind nur zur Hälfte anzurechnen. Rohstoffe, für die der Selbstversorgungsgrad weniger als 20 Prozent beträgt, können von der Berechnung ausgenommen werden.<sup>56</sup> Zurzeit existiert noch keine Liste von ungenügend verfügbaren Rohstoffen im Sinne des Art. 48b Abs. 4 nMSchG, allerdings ist die Bundesverwaltung im Rahmen der Ausarbeitung der Verordnung zur Konkretisierung des revidierten Markenschutzgesetzes daran, eine derartige Qualifizierung von Rohstoffen vorzunehmen.<sup>57</sup> Es ist ferner zu beachten, dass Naturprodukte, welche unabhängig vom Willen des Produzenten nicht mehr oder nicht mehr genügend verfügbar sind, nicht in die Berechnung miteinbezogen werden müssen. So können Naturprodukte, die nicht in der Schweiz vorkommen (z.B. Kakao oder Gold) oder die temporär nicht verfügbar sind (z.B. schlechte Ernten aufgrund ungünstiger Witterung), von der Berechnung ausgenommen werden.<sup>58</sup> Davon ausgenommen sind allerdings die normalen saisonalen Schwankungen, weil die bereits in den 20 Prozent enthalten seien, welche nicht zu berücksichtigen sind.<sup>59</sup> Die Herkunftsangabe muss neben dem Kriterium «Rohstoff» auch den Ort berücksichtigen, an dem die Verarbeitung stattgefunden hat, die dem Lebensmittel seine wesentlichen Eigenschaften verliehen hat.<sup>60</sup> Beispielsweise muss für einen Käse neben der Schweizer Milch (100%) auch die Verarbeitung von Milch zu Käse in der Schweiz erfolgen.

Bei den *industriellen Produkten* müssen mindestens 60 Prozent der Herstellungskosten des Produkts in der Schweiz generiert werden.<sup>61</sup> Die Kosten für *Fabrikation*

und *Zusammensetzung, Forschung und Entwicklung, die gesetzlich vorgeschriebene oder branchenweit einheitlich geregelte Qualitätssicherung und Zertifizierung* können bei der Herkunftsberechnung berücksichtigt werden.<sup>62</sup> In den Fabrikationskosten enthalten sind dabei die Kosten für Rohmaterialien, Halbfabrikate, Zubehörteile, Löhne sowie die Fabrikationsgemeinkosten.<sup>63</sup> Die Begriffe «Forschung» und «Entwicklung» sind der Botschaft zufolge weit auszulegen, wobei alle Kosten der Tätigkeiten, die zur Entstehung des Produkts beigetragen haben, umfasst werden.<sup>64</sup> Gemäss Art. 48c Abs. 3 lit. a nMSchG müssen Kosten für Naturprodukte und Rohstoffe, die wegen natürlichen Gegebenheiten nicht am Herkunftsort produziert werden können (wie Gold, Mineralöl etc.), bei der Berechnung des 60 Prozent-Anteils nicht berücksichtigt werden.<sup>65</sup> Die Ausnahme gemäss Art. 48c Abs. 3 lit. b nMSchG, d.h. die Nichtbeachtung der Kosten derjenigen Rohstoffe, die aus objektiven Gründen nicht in genügender Menge verfügbar sind, kann nur dann geltend gemacht werden, wenn das Unterangebot durch eine Branchenverordnung gemäss Art. 50 Abs. 2 nMSchG anerkannt wird.<sup>66</sup> Auch die Vermarktung der fertigen Ware, die Werbung und das Marketing, die Verpackung der Ware oder die Kundendienstleistungen können auch zukünftig nicht berücksichtigt werden, weil diese nicht direkt zur Herstellung des Produkts beitragen.<sup>67</sup> Die Kosten der Verpackung sind dabei weit zu fassen, so fällt bspw. auch das Anbringen einer Etikette auf der Ware darunter.<sup>68</sup> Massgebendes Kriterium ist der Fabrikationsprozess. Werden demnach Logistikkosten nach der Fertigstellung des eigentlichen Endproduktes generiert, so sind sie im Sinne von Art. 48c Abs. 3 nMSchG nicht zur Rechnung zu addieren. Werden jedoch die Logistikkosten vor der Fertigstellung des Endproduktes generiert, so dürfen sie u.E. dazugerechnet werden. Kumulativ zu den genannten Kriterien muss die Tätigkeit, durch welche das Produkt seine *wesentlichen Eigenschaften* erhält, das heisst, auch der wesentliche Fabrikationsschritt, am Ort der Herkunft stattfinden.<sup>69</sup>

Auch das *Wappengesetz* wird geändert. So dürfen das Schweizerwappen, die Wappen der Kantone, Bezirke,

<sup>55</sup> Vgl. Art. 48b Abs. 2 nMSchG; BBI 2009 (FN 40), 8591: Der Prozentsatz von 80 Prozent sei deshalb gerechtfertigt, weil die Rohstoffe lediglich einen Teil der Herstellungskosten ausmachen würden und deshalb durch den erhöhten Prozentsatz eine gleichmässige Gewichtung der Kriterien herbeigeführt würde.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 48b Abs. 4 nMSchG; BBI 2009 (FN 40), 8592: Art. 53 Abs. 3 der Verordnung des EDI über Zuckerarten, süsse Lebensmittel und Kakaoverzeugnisse ist deshalb auch mit dem revidierten Markenschutzgesetz vereinbar, welches ebenso primär auf dem Verarbeitungsort abstellt; vgl. auch mit konkretem Beispiel SAMANTHA SCHULER (FN 52), 598; MONIKA GATTIKER (FN 53), 329.

<sup>57</sup> Schriftliche Auskunft des IGE vom 15. Oktober 2013.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 48b Abs. 3 lit. a nMSchG und Art. 48b Abs. 3 lit. b nMSchG.

<sup>59</sup> BBI 2009 (FN 40), 8593.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 48b Abs. 5 nMSchG.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 48c Abs. 1 nMSchG.

<sup>62</sup> Vgl. Art. 48c Abs. 2 nMSchG.

<sup>63</sup> BBI 2009 (FN 40), 8594.

<sup>64</sup> BBI 2009 (FN 40), 8594.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 48c Abs. 3 lit. a nMSchG; BBI 2009 (FN 40), 8595.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 50 Abs. 2 nMSchG; Schriftliche Auskunft des IGE vom 15. Oktober 2013: Momentan existieren noch keine Listen von Branchenverbänden, die über ein allfälliges Unterangebot Auskunft geben würden.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 48c Abs. 3 nMSchG; BBI 2009 (FN 40), 8536.

<sup>68</sup> BBI 2009 (FN 40), 8596.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 48c Abs. 4 nMSchG.

Kreise und Gemeinden nur von dem Gemeinwesen, zu dem sie gehören, gebraucht werden.<sup>70</sup> Organisationen und Unternehmen, die als verselbstständigte Einheiten öffentliche Aufgaben wahrnehmen und im Eigentum des Gemeinwesens stehen bzw. eine Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung des Gemeinwesens aufweisen, fallen auch unter den Begriff des Gemeinwesens.<sup>71</sup> Entscheidend ist deshalb die Unterscheidung zwischen Schweizerwappen und Schweizerfahne. Die Unterscheidung und damit Verwechselbarkeit eines Schweizerwappens und einer Schweizerfahne gestaltet sich dahingehend, ob eine Form verwendet wird, die von den Adressatinnen und Adressaten noch als Wappen aufgefasst wird. Eine Fahne wird im Zusammenhang mit Länder- oder Kantonsfahnen üblicherweise in einer rechteckigen (im Fall der Schweizerfahne durch eine quadratische) Form dargestellt. Ein Wappen wird demgegenüber mit einer Schildform dargestellt.<sup>72</sup> Für Unternehmen, die das Schweizerwappen bereits seit Jahrzehnten für Waren aus der Schweiz verwenden, ist bei berechtigtem Interesse ein Weiterbenutzungsrecht vorgesehen.<sup>73</sup> Berechtigte Interessen sind dann gegeben, wenn es sich beim in Frage stehenden Unternehmen um ein traditionelles Schweizer Unternehmen oder einen traditionellen Verein handelt, sich das verwendete Wappen oder Zeichen als Kennzeichen des Unternehmens durchgesetzt hat und die Abwägung der Interessen des Gemeinwesens und der privaten Interessen zugunsten des Unternehmens ausgefallen ist.<sup>74</sup> Bspw. führt der Schweizer Alpen-Club (SAC) das Schweizer Wappen als zentralen Bestandteil seines Vereinsabzeichens seit 1863. Dieses Zeichen ist als Marke registriert und ist seit Jahrzehnten vom SAC ununterbrochen und unangefochten gebraucht worden. Die Weiterbenützung tangiert auch keine offensichtlichen Interessen der Eidgenossenschaft – es wird nicht der Anschein einer behördlichen oder behördennahen Tätigkeit erweckt; der private Charakter ist ohne Weiteres erkennbar, weshalb u.E. berechnete Interessen die Weiterbenützung erlauben. Werden Wappen, Fahnen und nationale Bild- und Wortmarken<sup>75</sup> von den massgebenden Verkehrskreisen als Hinweis auf die geografische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen verstanden, so gelten sie als Herkunftsangaben im Sinne des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG) und unterstehen den

Artikeln 47–50 MSchG.<sup>76</sup> Diese Unterscheidung ist insofern wichtig, als damit eine Abgrenzung zum dekorativen Gebrauch des Schweizerkreuzes ermöglicht wird. Die *Schweizerfahne* und das *Schweizerkreuz* dürfen künftig von allen verwendet werden, welche die Voraussetzungen zum Gebrauch der Bezeichnung «Schweiz» erfüllen.

## bb. Verfahrensrecht

Art. 51a nMSchG folgend muss der Benutzer einer Herkunftsangabe beweisen, dass diese zutreffend ist. Klageberechtigt sind, wie bis anhin, Berufs- und Wirtschaftsverbände, Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich nach den Statuten dem Konsumentenschutz widmen. Neu ist, dass die Behörden eine beschränkte Klageberechtigung haben, wie bspw. das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) oder der betroffene Kanton.<sup>77</sup> Zudem ist die Zollverwaltung ermächtigt, den Markeninhaber, den an einer Herkunftsangabe Berechtigten oder eine andere klageberechtigte Partei zu benachrichtigen, wenn der Verdacht besteht, dass das Einbringen/Importieren von widerrechtlich mit einer Marke oder einer Herkunftsangabe versehenen Waren ins schweizerische Zollgebiet oder aus dem schweizerischen Zollgebiet bevorsteht.<sup>78</sup> Das Neue an den Zollhilfemassnahmen ist, dass auch die Behörden solche beantragen können. Für die Berufs- und Wirtschaftsverbände und Konsumentenschutzorganisationen ändert sich hingegen nichts. Sie sind wie bisher berechtigt, solche Massnahmen zu beantragen. Neu für alle Klageberechtigten ist, dass sie nach dem revidierten Wappenschutzgesetz auch solche Massnahmen beantragen können.<sup>79</sup>

## 2. Industrie- und Technologiegüter

### a. Rechtsprechung der Gerichte

Gemäss einem Entscheid des Handelsgerichts Zürich aus dem Jahre 1934<sup>80</sup> darf eine Ware als «Schweizerprodukt» bezeichnet werden, wenn der Kostenanteil der aus dem Ausland stammenden Bezüge weniger als 50 Prozent der Gestehungskosten ausmachen und diese Bestandteile nicht im Inland erhältlich sind. Allerdings führt das Handelsgericht Zürich aus, dass nicht schematisch auf der 50-Prozent-Marke des Erstellungswertes eines Produktes schweizerischer Herkunft abgestellt werden kann. Viel-

<sup>70</sup> Vgl. Art. 8 nWSchG.

<sup>71</sup> BBl 2009 (FN 40), 8627.

<sup>72</sup> BBl 2009 (FN 40), 8628.

<sup>73</sup> BBl 2009 (FN 40), 8537.

<sup>74</sup> Schriftliche Auskunft des IGE vom 15. Oktober 2013; vgl. auch MONIKA GATTIKER (FN 53), 332.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 7 und 11 nWSchG.

<sup>76</sup> Vgl. Art. 13 nWSchG.

<sup>77</sup> Vgl. Art. 56 nMSchG.

<sup>78</sup> Vgl. Art. 70 Abs. 1 nMSchG.

<sup>79</sup> Vgl. Art. 32 Abs. 2 nWSchG.

<sup>80</sup> SJZ 1933/34, Nr. 21; 329.



mehr müsse beachtet werden, dass ein Produkt nicht all jene Vorzüge beinhaltet, welche im In- und Auslande gewöhnlich den Schweizerprodukten zugesprochen werden, obwohl lediglich der Veredelungsprozess in der Schweiz stattgefunden habe.<sup>81</sup> Im genannten Fall hat das Handelsgericht entschieden, dass trotz einer Übersteigung der 50-Prozent-Marke die Motorfahrzeugbatterien nicht schweizerischer Herkunft sind, da wesentliche Bestandteile nicht in der Schweiz hergestellt wurden.<sup>82</sup>

Ein späterer Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen mit Datum vom 24. April 1968<sup>83</sup> folgt dieser Rechtsprechung, indem gefordert wird, dass für jeden Hinweis auf Schweizer Herkunft der schweizerische Wertanteil an den Herstellungskosten (einbezogen hierin sind Rohmaterial, Halbfabrikate, Zubehörteile, produktbezogene Löhne und Fabrikationsgemeinkosten unter Ausschluss der Vertriebskosten) mindestens 50 Prozent betragen sowie der wichtigste Fabrikationsprozess in der Schweiz stattgefunden haben muss.<sup>84</sup> Das Handelsgericht St. Gallen beruft sich dabei auf die Richtlinien der Zentralkommission schweizerischer Propaganda-Organisationen.<sup>85</sup> Im genannten Fall hat das Handelsgericht St. Gallen entschieden, dass es bei einem Füllfederhalter nicht ausreicht, wenn nur die Goldfeder in der Schweiz hergestellt wird. Obwohl (ähnlich dem vorgenannten Fall) zwar der schweizerische Anteil an den Herstellungskosten mehr als 50 Prozent betragen hat, stellt das Handelsgericht zudem auf den weiteren, das Wesen und die Eigenart des Produktes bestimmenden Hauptbestandteilen ab. Es hat deshalb entschieden, dass mehr als nur die Goldfeder auf schweizerischer Qualität beruhen müsse. Interessanterweise erwähnt das Handelsgericht bereits im Jahr 1968 in einem Satz, dass in Grenz- und Zweifelsfällen der Ursprung des im Produkt verkörperten *geistigen Eigentums* und die besonderen Branchenverhältnisse gebührend zu berücksichtigen seien. Allerdings wird dieser Ansatz im Entscheid nicht mehr weiterverfolgt. Es ist davon auszugehen, dass das Handelsgericht damals nicht von einem Grenz- oder Zweifelsfall ausgegangen ist.

In einem weiteren Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 6. November 1992<sup>86</sup> wird die Rechtspre-

chung bestätigt, wobei sich das Handelsgericht diesmal auf Grundsatz Nr. 32 der Richtlinie der Lauterkeitskommission<sup>87</sup> beruft. Zudem wird präzisiert, was unter den herkunftsbegründenden Gestehungskosten zu subsumieren ist. So sind die reinen Erstellungskosten hinzuzurechnen, nicht aber die Verkaufs- und Werbekosten.<sup>88</sup> Darunter wird grundsätzlich die Verarbeitung des Produktes zu einem neuen Erzeugnis resp. Endprodukt verstanden.<sup>89</sup> Das Handelsgericht St. Gallen hat auch entschieden, dass die Qualität des Stoffes, der in Italien gewoben worden ist, nicht der Erwartung des Kunden entspricht, wenn er mit der Herkunftsbezeichnung schweizerisch versehen ist. Der Ansatz, dass u.U. geistiges Eigentum in irgendeiner Form bei der schweizerischen Herkunft berücksichtigt werden könnte, wird nicht mehr aufgegriffen.

Unklar bleibt auch nach der Betrachtung der Rechtsprechung und Lehre, welche Kosten unter den Begriff der Gestehungskosten zu subsumieren sind, und wie gross der Anteil der am Herstellungsort anfallenden Gestehungskosten, gemessen an den gesamten Herstellungskosten, sein darf.<sup>90</sup> Zudem bestehen erhebliche Schwierigkeiten bei der Eruiierung des Herkunftsanteils bei Produkten, welche an mehreren Produktionsstätten hergestellt und an einer Produktionsstätte zusammengefügt werden. Insbesondere kann auch die Bezeichnung des wesentlichen Produktionsschrittes problematisch sein.

## b. Auswirkungen in der Praxis

Problematisch ist die bestehende Rechtsprechung und Lehre für die Praxis insofern, als die konkrete Beurteilung des Herkunftsanteils für einzelne Unternehmen und Produkte sich als sehr schwierig erweisen kann. Bei der effektiven Beurteilung und im Besonderen bei Technologieprodukten, welche im Durchschnitt eine gewisse Komplexität aufweisen, kann nicht immer eine exakte Zuordnung der Produktionsbestandteile vorgenommen werden.

Daraus resultiert die Problematik, dass nicht ohne Zweifel entschieden werden kann, ob die 50-Prozent-Grenze erreicht ist. Problematisch ist ferner folgende Konstellation: Ist ein Produkt unerwartet erfolgreich und werden die Stückzahlen vergrössert, so sinken die

<sup>81</sup> SJZ 1933/34, Nr. 21; 329.

<sup>82</sup> GVP 1992, Nr. 39, 100, 101.

<sup>83</sup> GVP 1968, Nr. 17, 53 f.; SJZ 1972, 207.

<sup>84</sup> SJZ 1972, 207; vgl. auch LUCAS DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2. A., Bern 1988, 73.

<sup>85</sup> Diese Organisation ist heute nicht mehr aktiv, vereinzelte Dokumente der Zentralkommission schweizerischer Propaganda-Organisationen finden sich noch im Schweizerischen Bundesarchiv.

<sup>86</sup> GVP 1992, Nr. 39, 100 ff.

<sup>87</sup> Richtlinien der Lauterkeitskommission, Fassung 1983; vgl. auch LUCAS DAVID (FN 84), 73.

<sup>88</sup> GVP 1992, Nr. 39, 100; vgl. auch SJZ 1933/34, Nr. 21; 329.

<sup>89</sup> SIGMUND PUGATSCH/BIRGIT WEIL, Swissness – quo vadis? 39 ff., 43, in: Marco Bundi/Benedict Schmidt, Festschrift für David Meisser, Bern 2012.

<sup>90</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 16 f.

produktunabhängigen Fixkosten (bspw. Kosten für Forschung und Entwicklung) pro Einheit aufgrund der Mengenzunahme bei gleichbleibendem ausländischen Anteil. Das Ergebnis wäre, dass das Produkt die Qualifikation als Schweizer Produkt verlieren würde.<sup>91</sup> Zudem stellen sich auch Probleme, wenn eine Unternehmung sehr unterschiedliche Modelle einer Produktlinie herstellt und dadurch die einen Produkte die Schwelle erreichen, die anderen jedoch nicht. Eine Zerstückelung der Produktreihe wäre die Folge.<sup>92</sup>

Mit der heutigen, aber auch mit der zukünftigen Gesetzeslage muss die Unternehmensleitung nicht selten eine Abwägung treffen, ob von der positiven Korrelation zwischen der Herkunftsbezeichnung und dem Absatz profitiert werden soll, oder ob das Risiko, nicht den gesetzlichen Normen zu entsprechen, zu gross ist. Unternehmerische Entscheide sollten jedoch nicht durch die vorherrschende Rechtsunsicherheit bestimmt werden, weil zu Unrecht auf potentielle Gewinne verzichtet werden könnte.

Hat sich ein Unternehmen für die Verwendung der «Swissness» entschieden und stellt sich im Nachhinein heraus, dass die Voraussetzungen knapp nicht erfüllt wurden, so ist dies mit einem grossen Mehraufwand verbunden. So müssen bspw. Logos geändert und ganze Lagerbestände an Waren neu beschriftet werden. In der Praxis sind die Behörden allerdings insofern kulant, als eine Übergangsfrist gewährt wird.

### 3. Schweizer Film

#### a. Besonderheiten der öffentlichen Filmförderung

Braucht die Schweiz überhaupt eine eigene Filmproduktion? Diese Frage ist, zumindest verfassungsrechtlich, schnell zu beantworten. So sieht Art. 71 BV vor, dass der Bund die Schweizer Filmproduktion und die Filmkultur fördern kann. Diese Bestimmung wurde wiederum im Filmgesetz, der Filmverordnung sowie der Verordnung des EDI über die Filmförderung konkretisiert. Die öffentliche Filmförderung unterstützt dabei sowohl kulturpolitische wie auch wirtschaftliche Ziele. Die Produktion eines Filmes benötigt u.a. enorme Ressourcen, hoch qualifizierte und spezialisierte Fachpersonen wie auch technische Infrastruktur, was ohne eine lebensfähige Filmwirtschaft

nicht gewährleistet werden kann.<sup>93</sup> Gerade diese kann jedoch nicht ohne staatliche Fördermittel auskommen, weshalb das Bundesamt für Kultur bei der Erfüllung gewisser Kriterien Fördergelder zuspricht.<sup>94</sup> Dabei wird zwischen der selektiven<sup>95</sup> und der erfolgsabhängigen<sup>96</sup> Filmförderung unterschieden. Erstere sieht eine Förderung nach Qualitätskriterien vor, bei welcher ausgearbeitete Filmprojekte durch eine Fachjury nach förderpolitischen Zielsetzungen begutachtet und mit Beiträgen dotiert werden. Dabei reicht das zu begutachtende Spektrum von der künstlerischen Gestaltung des Films über die Prognose des Publikumserfolges hin zur wirtschaftlichen Tragfähigkeit oder den ausbildungs- und beschäftigungspolitischen Konsequenzen.<sup>97</sup> Die erfolgsabhängige Förderung beruht auf dem messbaren Erfolg vorangegangener Filmproduktionen und orientiert sich nicht an qualitativen Filmkriterien.<sup>98</sup> Die Fördergelder werden dabei zum grössten Teil für die eigentlichen Herstellungskosten verwendet, wobei dennoch bei Weitem nicht alle Filmproduktionen schwarze Zahlen schreiben.<sup>99</sup> Dies wird auch durch den kleinen und sprachlich fragmentierten Schweizer Markt zusätzlich erschwert, da selbst bei überdurchschnittlichem Verwertungserfolg die Herstellungsbudgets aus der Inlandsverwertung nicht refinanzierbar sind.<sup>100</sup> Um den Zugang zum internationalen Markt sowie grössere Budgets zu gewährleisten, werden häufig auch Koproduktionen angestrebt.<sup>101</sup> Dabei ist zu beachten, dass erhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Koproduktionsabkommen und deshalb auch hinsichtlich der Qualifikation als Schweizer Film bestehen können.<sup>102</sup> Die Koproduktionsabkommen haben in Bezug auf den Zugang zu Fördergeldern zum Ziel, die Koproduktionen, welche die entsprechenden Bestimmungen der Koproduktionsabkommen einhalten, mit den Inlandproduktionen gleichzustellen. Dies hat zur Folge, dass solchen Koproduktionen

<sup>93</sup> ADRIANO VIGANÒ/KAI-PETER UHLIG (FN 34), 826.

<sup>94</sup> Vgl. Art. 25 FiFV.

<sup>95</sup> Vgl. Art. 4 FiFV.

<sup>96</sup> Vgl. Art. 5 FiFV.

<sup>97</sup> ROLF H. WEBER/ROLAND UNTERNÄHRER/RENA ZULAUF, *Schweizerisches Filmrecht*, Zürich/Basel/Genf 2003, 110; Botschaft FiG, 5447.

<sup>98</sup> WEBER/UNTERNÄHRER/ZULAUF (FN 97), 111: Die konkrete Berechnung der Gutschriften aus der Kinoauswertung ist in Art. 36 ff. FiFV geregelt; Botschaft FiG, 5447 f.: Bei der Fördergeldvergabe ist Art. 15 FiG zu beachten, welcher einen Vorbehalt der ausreichenden Haushaltsmittel anbringt.

<sup>99</sup> Vgl. VIGANÒ/UHLIG (FN 34), 833; UHLIG (FN 36), *Schweizer Film und Koproduktion*, medialex 1/10, 15.

<sup>100</sup> UHLIG (FN 36), 16.

<sup>101</sup> VIGANÒ/UHLIG (FN 34), 828 f.; UHLIG (FN 36), 16.

<sup>102</sup> UHLIG (FN 36), 18.

<sup>91</sup> STEFAN DAY/KIM LUDVIGSEN, *Swissmade – oder nicht?*, sic! 6/2010, 482 ff., 5/6 (online-Version).

<sup>92</sup> STEFAN DAY/KIM LUDVIGSEN (FN 91), 5/6.

nen der Zugang zur nationalen Filmförderung ermöglicht wird, auch wenn sie die («Inländer»)-Voraussetzungen der schweizerischen Gesetzgebung nicht erfüllen.<sup>103</sup>

## b. Rechtspraxis zur Qualifizierung als Schweizer Film

Im Entscheid C-5736/2007 vom 8. August 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht den Begriff «Schweizer Film» präzisiert. Es hatte darüber zu entscheiden, ob die analoge Anwendung der damals noch nicht gesetzlich verankerten 50-Prozent-Regel bei Gemeinschaftsproduktionen, die nicht einem Koproduktionsabkommen unterstehen, Anwendung finden kann, ohne den Einzelfall zu berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die Festlegung einer *strikten* Quote von 50 Prozent für die künstlerischen und technischen Mitarbeiter sowie der filmtechnischen Arbeiten nicht mit Art. 2 Abs. 2 lit. c FiG übereinstimmt und damit nicht gesetzeskonform sei.

Der nach dem ergangenen Urteil eingeführte Art. 8a FiFV sieht also die 50-Prozent-Quote wieder vor, die das Bundesverwaltungsgericht zugunsten der Einzelfallprüfung bei inoffiziellen Koproduktionen<sup>104</sup> verworfen hatte.<sup>105</sup>

Den generellen Ausschluss von Autoren und Produzenten bei der Qualifikation als Schweizer Film, welcher in Art. 8a Abs. 4 FiFV statuiert wird, sieht das Bundesverwaltungsgericht zumindest bei Low-Budget-Autorenfilmen als problematisch an.<sup>106</sup>

## c. Auswirkungen in der Praxis

Obwohl verschiedene Normen die Voraussetzungen des Schweizer Films umschreiben, gestaltet sich die konkrete Qualifizierung als schwierig. Dies hängt auch mit den teils unbestimmten Rechtsbegriffen zusammen, welche der Entscheidbehörde einen gewissen Ermessensspielraum einräumen. Ferner ist zu beachten, dass die Filmförderungsverordnung zahlreiche Zielvorgaben enthält, die nicht selten Wunschvorstellungen entsprechen und teilweise sehr umfangreich sind.<sup>107</sup> Konkret hat dies zur Folge, dass bei Filmdrehbeginn die Finanzierung u.U. noch nicht vollständig gesichert ist. Sowohl bei der selektiven

als auch bei der erfolgsabhängigen Filmförderung wird eine Vorprüfung der rechtlichen Voraussetzungen des Projekts durchgeführt (Art. 20 Abs. 2 lit. a FiFV), welche auf Planungs- und Zielgrössen basiert. Die Feststellung selbst wird dann aber erst nach Abschluss des Projektes auf Basis der Schlussabrechnung getroffen. Dies kann bspw. dann zu Problemen führen, wenn eine Umbesetzung bei den künstlerischen und technischen Mitarbeitern vorgenommen wurde. Erfolgt im Nachhinein ein negativer Entscheid, so sieht sich der Produzent einer Finanzierungslücke gegenüber, was schwach kapitalisierte Produktionsunternehmen in ihrer Existenz bedrohen kann.<sup>108</sup> Anders verhält es sich bei den Koproduktionsabkommen, welche zum Teil die Anerkennung vor Drehbeginn verlangen.<sup>109</sup> Zu beachten ist ferner, dass nicht nur von den generierten Kosten ausgegangen werden sollte. Denn die Arbeiten im Filmlabor verursachen bspw. im Verhältnis zum Gesamtbudget hohe Kosten, welche jedoch nicht den entsprechenden künstlerischen Anteil ausmachen. So ist die Anzahl der künstlerischen und technischen Mitarbeiter wie die Darsteller, Kameraführung oder Kostümbildner für den künstlerischen Anteil von grösserer Bedeutung, obwohl der Anteil am Gesamtbudget kleiner ist. In diesem Sinne wäre ein Punktesystem, wie es grundsätzlich schon im Gesetz vorgesehen worden ist, zu begrüssen. Denn dadurch könnte eine entsprechende Gewichtung bei der Eruierung des schweizerischen Anteils vorgenommen werden.

## III. Abgrenzungsprobleme in der Praxis

### 1. Bedeutung von Konzeption und Entwicklung

#### a. Forschung und Entwicklung bei Produktionsgütern

Die Schweiz verfügt über wenige natürlichen Ressourcen, die als Rohstoffe in Produktionsgütern Verwendung finden könnten. Da sich die Schweiz nie auf natürlichen Ressourcen ausruhen konnte, wurde das *Savoir-faire* von Anfang an gepflegt, gar als Teil der kulturellen Identität verstanden. Der besondere Stellenwert der Bildung und des *Savoir-faire* kann bspw. auch an der überdurchschnittlich hohen Patentierungsdichte in der Schweiz festgestellt werden. «Made in Switzerland» ohne Einbezug der Forschungs- und Entwicklungskosten erscheint

<sup>103</sup> UHLIG (FN 36), 18, vgl. auch BVGer C-5736/2007 vom 8.8.2008, E. 3.3.4.

<sup>104</sup> Vgl. zu den offiziellen und inoffiziellen Koproduktionen BVGer C-5736/2007 vom 8.8.2008, E. 3.1.2.

<sup>105</sup> UHLIG (FN 36), 21.

<sup>106</sup> BVGer C-5736/2007 vom 8.8.2008, E. 3.3.3; a.M. Komm.-FiG/NATHALIE ZUFFEREY/PATRICE AUBRY, Art. 2, N 37.

<sup>107</sup> WEBER/UNTERNÄHRER/ZULAUF (FN 97), 111.

<sup>108</sup> UHLIG (FN 36), 17.

<sup>109</sup> UHLIG (FN 36), 17.

dementsprechend fast schon systemwidrig. Gerade in der Pharmaindustrie sind die Ausgaben für Forschung und Entwicklung enorm, wobei dem Ort der Herstellung des Produktes eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Dies müsste aber auch für den folgenden Fall gelten: Stellt ein IT-Unternehmen in Indien ein kompliziertes Programm her, welches in der Schweiz in eine Maschine eingebaut wird, so wird das Produkt das Prädikat «Made in Switzerland» tragen können, obwohl essentielle Bestandteile des Produkts nicht schweizerischer Herkunft sind.

Die Gesetzgebung stellt momentan bei der Beurteilung der Herkunft von Industrie- und Gewerbezeugnissen primär auf den Herstellungsprozess ab.<sup>110</sup> Von untergeordneter Bedeutung ist demgegenüber der Ort der Konzeption, der Endmontage sowie der Endkontrolle.<sup>111</sup> Zudem sind auch immaterielle Leistungen, wie die Kosten für Forschung und Entwicklung als auch Produktdesign oder Marketing bei der Bestimmung des Herstellungsorts nicht berücksichtigt, was in der Praxis zunehmend kritisiert wird<sup>112</sup> und letztlich zur Gesetzesänderung geführt hat. Denn heutzutage ist es realitätsfremd, wenn für die Bestimmung des Herstellungsorts bloss auf den physischen Herstellungsvorgang, nicht aber auf den immateriellen Anteil an der Wertschöpfung abgestellt wird.<sup>113</sup> Dieser Meinung ist zuzustimmen, weil ein Konsument von einem schweizerischen Technologieprodukt insbesondere auch die einwandfreie Nutzung resp. Wirkung miteinschliesst, welche nur durch einen vorgängigen Entwicklungsprozess sichergestellt werden kann. Eben dieser Entwicklungsprozess kann jedoch nicht ausgelagert werden, da viel Know-how und Erfahrung sowie finanzielle Unterstützung notwendig ist. So ist es wenig einsichtig, dass ein Konsument eines chemisch-pharmazeutischen Produktes der physischen Herkunft mehr Bedeutung zumessen sollte als der Tatsache, wie, wo und von wem das Medikament entwickelt wurde.<sup>114</sup> Allerdings dürften bei einer Berücksichtigung der Entwicklungskosten in der Herkunftsrechnung nur die dem Produkt direkt zuzuordnenden Kosten angerechnet werden, wobei die exakte Bestimmung der Ausgaben schwierig sein resp. ein gewisser Spielraum existieren dürfte.

Ein weiteres Problem stellt sich, wenn ein Arbeitnehmer, der am Produkt forscht, zu einem wesentlichen Teil als Grenzgänger von zu Hause aus (bspw. Weil am Rhein

in Deutschland) arbeitet. Allerdings drängt sich hier eine pragmatische Lösung auf: Da dem Arbeitsverhältnis ein schweizerischer Arbeitsvertrag zugrunde liegt und auf der Lohnabrechnung nicht ersichtlich ist, wo die Arbeit geleistet wurde, sind diese Lohnkosten vollumfänglich dem Schweizer Anteil zuzurechnen.<sup>115</sup> Diese Lösung wird auch durch die zuständigkeitsbegründenden Bestimmungen des internationalen Privatrechts getragen.<sup>116</sup>

Zumindest ein Teil der Entwicklungskosten muss zur Herkunftsrechnung hinzugezählt werden, da die Herkunft des Produktes nicht nur durch den Rohstoff, sondern auch durch den Mehrwert schöpfungsprozess bestimmt sein sollte. Dies sollte umso mehr gelten, wenn andere Anbieter Gebühren für die Nutzung eines Patents zahlen. Allerdings bestehen, trotz der Gesetzesrevision, noch ungeklärte Fragen, die es den Unternehmen schwer machen dürften, eine genaue Zuteilung der Kosten für Forschung und Entwicklung und damit in der Herkunftsrechnung vorzunehmen.

## b. Drehbuch und Entwicklung beim Schweizer Film

Ein Grossteil der Förderbeiträge wird für die eigentlichen Herstellkosten des Filmes, sei dies für Produktionsdurchführung, Gagen und Honorare oder auch Kosten des Rechtserwerbs verwendet. Tatsache ist jedoch, dass bereits in den Vorstufen der Filmherstellung Finanzierungsbedarf besteht.<sup>117</sup> Eine besondere Bedeutung kommt dabei der Stoffentwicklung resp. der Drehbuchentwicklung zu, da Produzenten häufig erst für das Einkommen der Autoren aufkommen können, wenn die Finanzierung des konkreten Projektes steht. Gerade aber ausgearbeitete Stoffe und ausformulierte Drehbücher machen den schöpferischen Aspekt der Filmproduktion aus, wobei längst nicht alle den Weg zur Realisation finden. Damit aber nicht genug: Ist das Drehbuch fertig geschrieben, so sind alle organisatorischen, wirtschaftlichen und inhaltlichen Entscheide zu treffen. Dazu zählen bspw. Kalkulationen, Finanzierungspläne, die Wahl des Drehortes, der Besetzung, des Drehplans sowie der Sicherung der Rechte.<sup>118</sup> Bei Koproduktionen fällt für Projektierung und Re-

<sup>110</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 28.

<sup>111</sup> Hand-Kommentar-MSchG/WILLI (FN 8), Art. 48 N 7.

<sup>112</sup> Bereits 1993 MICHAEL RITSCHER/ALEXANDER VOGEL, AJP/PJA 1993, 374 ff, 381; Kommentar-MSchG/WILLI, Art. 48 N 9.

<sup>113</sup> Kommentar-MSchG/HOLZER (FN 6), Art. 48 N 30.

<sup>114</sup> RITSCHER/VOGEL (FN 112), 381.

<sup>115</sup> Die Filmbranche regelt dieses Problem dadurch, dass es auf den Wohnsitz resp. Aufenthaltsstatus bei Ausländern oder das Bürgerrecht ankommt. Diese Lösung wäre jedoch bei der Produktion von Industrieprodukten kaum anwendbar, da gerade das Problem des Grenzgängers nicht gelöst würde.

<sup>116</sup> Vgl. Art. 115 IPRG, Art. 18 ff. LugÜ.

<sup>117</sup> VIGANÒ/UHLIG (FN 34), 833.

<sup>118</sup> VIGANÒ/UHLIG (FN 34), 834.



alisation zusätzlicher Koordinationsaufwand an, welcher im Vorfeld zu Mehrkosten führt. Es liegt auf der Hand, dass im Vorfeld einer Filmproduktion von der Idee bis zur tatsächlichen Realisierung ein erheblicher Finanzbedarf besteht. Dieser Anforderung werden die geltenden Gesetzesbestimmungen nicht gerecht, weil die Finanzierung der Projektentwicklung nicht in den schweizerischen Anteil miteingerechnet werden darf, obwohl in diesen vorgelegten Schritten durchaus schweizerisches Know-how verarbeitet wurde. Dies wird bspw. von der Zürcher Filmstiftung mitberücksichtigt, welche auch Teile der Projektentwicklung berücksichtigt.<sup>119</sup>

## 2. Bedeutung von Zusatzleistungen

### a. Verpackungen

Die Vertriebskosten sind nicht zu den Herstellungskosten zu addieren. Der Vertrieb bezeichnet dabei alle Entscheidungen und Systeme, die notwendig sind, um ein Produkt oder eine Dienstleistung für den Kunden oder Endverbraucher verfügbar zu machen. Dazu zählt grundsätzlich auch das Abpacken von Waren, wenn der Verpackung keine übergeordnete Qualität zukommt (Palette, Karton, Plastik o.ä.). Das Abfüllen eines Produktes in Gefässe ohne weitere Veränderung des Inhalts ist zwar für die Fertigstellung des Produktes essentiell (und damit übergeordnet); dennoch kann eine unzulässige Herkunftsbezeichnung vorliegen, wenn das Produkt nicht mehrheitlich mit schweizerischen Bestandteilen produziert wurde (also weniger als 50 Prozent trotz der Verpackung). U.E. ist bei der Hinzurechnung der Verpackung zu den Herstellungskosten die Gegebenheit entscheidend, wann genau eine verkaufsreife Ware vorliegt resp. wann ein Produkt fertiggestellt und zum Verkauf bereit ist. Ob die Verpackung zu den Herstellungskosten hinzuzurechnen ist, kann auch anhand eines weiteren Unterscheidungskriteriums eruiert werden. Wird eine Verpackung primär zu Marketingzwecken benutzt, so liegt grundsätzlich keine übergeordnete Funktion der Verpackung vor und sie kann nicht zur Herkunftsrechnung hinzugezählt werden. Allerdings existieren auch bei dieser Regel Ausnahmen (bspw. aufwendiges Flakon beim Parfüm).

Demzufolge dürfen alle Materialien, derer sich die Speditionsabteilung bedient, wie bspw. grosse Kartonschachteln, Cellophan, Palette etc. nicht in die Herkunftsrechnung miteinbezogen werden. Umgekehrt müssen allerdings Verpackungen, welche Bestandteile des Pro-

duktes darstellen, bei der Berechnung berücksichtigt werden. Bildlich dargestellt heisst dies, dass bspw. ein Legobehälter, der sowohl als Verpackung als auch als Bestandteil zum Produkt gehört, da dieser zur korrekten Benutzung des Produkts notwendig ist, zur Herkunftsrechnung hinzuzuzählen ist.

U.E. sind Kartonverpackungen dann als Produktbestandteil zu qualifizieren, wenn das Produkt ohne diese Verpackung nicht verkauft werden könnte. So bspw. bei Medikamenten, die ohne die Blister-Verpackung, die Gebrauchsanweisung und eben auch die speziell gekennzeichnete Kartonschachtel nicht in den Handel gebracht werden könnten. Das Gleiche gilt bspw. für elektrische Zahnbürsten, die ohne Ladestation, zusätzliche Ersatzbürsten und der Gebrauchsanweisung nicht verkauft werden könnten. Der Verpackung kommt in diesem Fall eine übergeordnete Funktion zu und müsste bei der Herkunftsrechnung berücksichtigt werden.

### b. Trailer und Promotion

Ist ein Film fertig gedreht, so ist er reif für die Kaskadenauswertung. Die Reihenfolge gestaltet sich heute folgendermassen: Kino, DVD und Video-on-demand, Pay TV, Free TV. Dazu notwendig ist ein erfolgreicher Filmvertrieb, welcher durch gezielte Werbeaktionen unterstützt wird. Denn ohne einen Film zu vermarkten, kann kaum Absatz generiert werden. So müssen vor dem Kinostart der Trailer geschnitten, die Aushangwerbung koordiniert, Pressedossiers geschrieben und eine allfällige Premiere organisiert werden.<sup>120</sup> Den Filmvertrieb übernimmt in der Regel der Filmverleiher, wobei auch der Regisseur in den Vertrieb involviert sein kann. Ein Filmvertrieb, im Gegensatz zum konventionellen Marketing bei anderen Produkten, kommt insbesondere nicht ohne einen Trailer und die flankierenden Werbemassnahmen aus. Gerade der Trailer wird dabei stark durch den Produzenten beeinflusst, weshalb dieser als Bestandteil der Filmrealisation zu betrachten ist. Da ein Promotionskonzept für den Verkauf des Filmes unerlässlich ist, müssen u.E. und in Analogie zur übergeordneten Verpackung bei den Industrieprodukten die Zusatzkosten im Zusammenhang mit der Promotion zumindest teilweise, je nach Filmart, in die Qualifizierung als Schweizer Film miteinfließen. Dies hat auch das Bundesamt für Kultur (BAK) erkannt, welches für teures Geld einen Kanadier mit Wohnsitz in Frankreich engagiert hat, um den Schweizer Filmproduzenten auf Kosten des Bun-

<sup>119</sup> VIGANÒ/UHLIG (FN 34), 841.

<sup>120</sup> VIGANÒ/UHLIG (FN 34), 868 ff.

des ein effektives Marketing nahezulegen mit dem Ziel, Filme in den Kinos zu zeigen.

## IV. Aktuell ungenügende Regulierung

### 1. Zusammenfassung der Abgrenzungsprobleme betreffend Swissness

Ohne Zweifel muss die Marke Schweiz resp. die Swissness geschützt werden. Allerdings gestaltet sich die Grenzziehung zwischen einem angemessenen Schutz und unnötigen Einschränkungen als schwierig. Aus dem Vergleich zwischen der Industrie- und Filmbranche ergibt sich, dass die Regelungen, welche den Herkunftsanteil bei Industrieprodukten bestimmen, sehr kostenorientiert sind. Insbesondere die Rechtsprechung stellt dabei auf der Mehrheit der Produktionskosten ab, um den Herkunftsanteil zu bestimmen. Dieser rein kostenorientierte Ansatz birgt allerdings Probleme, da etliche Leistungen nicht rein in Kosten ausgedrückt werden können und in der Preishochinsel Schweiz der Anteil dadurch, im Vergleich zu den umliegenden Staaten, verzerrt wird. Die aktuelle Gesetzesrevision ist u.E. zu begrüßen, insbesondere der Miteinbezug der Forschungs- und Entwicklungskosten, d.h. der immateriellen Wertschöpfung, sowie die Nichtberücksichtigung jener Güter, die in der Schweiz schlichtweg nicht genügend vorhanden sind. Alternativ wäre auch an ein Punktesystem zu denken, welches analog der filmrechtlichen Bestimmung die Gewichtung der Kriterien erlauben würde. Mit dieser Herangehensweise könnte auch dem momentan stark kostenorientierten Ansatz Abhilfe geschaffen werden.

Die filmrechtlichen Bestimmungen stellen nicht nur auf die Kosten ab, sondern führen ein Zumutbarkeitskriterium ein. Obwohl im neuen Art. 8a FiFV eine dem st. galischen Handelsgericht entsprechende 50-Prozent-Quote eingeführt worden ist, muss eine Abwägung im Einzelfall erfolgen. Zudem würde eine Durchsetzung des bereits gesetzlich vorgesehenen Punktesystems zu einer grösseren Rechtssicherheit und Transparenz beitragen.

### 2. Empfehlungen

#### a. Empfehlungen allgemeiner Art

Konkret wird sich jede Geschäftsleitung, die ein Element der Swissness in irgendeiner Form verwendet, fragen müssen, ob die 50- resp. revidierte 60-Prozent-Marke eingehalten ist. Dies insbesondere deshalb, weil eine Beweislastumkehr stattfindet. Zwar muss ein Unternehmen erst bei einem Verfahren effektiv beweisen können,

dass der entsprechende Anteil in der Schweiz hergestellt wurde. Es empfiehlt sich aber dennoch eine saubere Auflistung und Darstellung der wesentlichen Anteilsberechnungen. Im Rahmen der allgemeinen Kostenkalkulation sollten alle anfallenden Kosten gekannt und aufgelistet werden. Unter Umständen kann man sich auch von Zulieferern entsprechende Bestätigungen ausstellen lassen, welche in einem späteren allfälligen Gerichtsprozess als Beweisstück dienen können.

#### aa. Schweizer Wappen

Schweizerwappen, die Wappen der Kantone, Bezirke, Kreise und Gemeinden dürfen in Zukunft grundsätzlich nur vom Gemeinwesen, zu dem sie gehören, gebraucht werden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Wahrnehmung des unbeteiligten Dritten, welche Zeichen als Wappen oder eben als Schweizerkreuz qualifiziert werden, sprich ob die verwendete Form vom Publikum als Wappen aufgefasst wird. In diesem Sinne empfiehlt es sich, keinerlei Schilder (weder Dreieckschild, Halbrundschild, Rundschild, Schild mit beidseitigen Einschnitten, Normannenschild in Logos und Firmenemblemen) zu verwenden. Des Weiteren reicht es nicht, lediglich die Farbgebung anzupassen. Die Nichtverwendung der Farben Rot und Weiss reicht noch nicht aus, um eine Verwechselbarkeit auszuschliessen.<sup>121</sup> Für Unternehmen, die das Schweizerwappen bereits seit Jahrzehnten für Waren aus der Schweiz verwenden, ist bei berechtigtem Interesse ein Weiterbenutzungsrecht vorgesehen.<sup>122</sup>

#### bb. Schweizerkreuz

Die *Schweizerfahne* und das *Schweizerkreuz* dürfen künftig von allen verwendet werden, welche die Voraussetzungen zum Gebrauch der Bezeichnung «Schweiz» erfüllen. Damit wird der Qualifikation eines Produktes als Schweizer Produkt noch ein höheres Gewicht beigemessen.

<sup>121</sup> BBI 2009 (FN 40), 8628: Die Farben müssen so angepasst werden, dass sie nicht mit den Farben Rot und Weiss verwechselbar sind. So genügt bei einem wappenähnlichen Zeichen, die Hintergrundfarbe Rot durch Orange zu ersetzen. Denn ein weisses Kreuz auf orangem Grund ist mit dem Schweizer Wappen verwechselbar. Dasselbe gilt für ein weisses Kreuz in einem schwarzen Wappenschild. Ein solches Zeichen ist die übliche Darstellung des Schweizer Wappens in schwarz-weiss (wie sie heute noch regelmässig in Printmedien oder Drucksachen verwendet wird). Demgegenüber nicht verwechselbar ist ein weisses Kreuz auf blauem oder grünem Grund.

<sup>122</sup> BBI 2009 (FN 40), 8537, 8651: Ein Schweizer Unternehmen, welches das Schweizerwappen oder ein damit verwechselbares Zeichen als Kennzeichen im bisherigen Rahmen weiterverwenden will, muss dafür beim EJPD einen entsprechenden Antrag auf Weiterbenützung stellen.

**cc. Schweiz, Swiss, Suisse, Switzerland**

Die Verwendung des Begriffs «Schweiz» oder anderssprachiger Pendants ist dann erlaubt, wenn die Bestimmungen über die Herkunftsangaben eingehalten werden. Verwendet ein Unternehmen «Switzerland» (oder Pendants davon) in der Firma, so muss dieses Unternehmen darauf achten, durch die Firmen- und Namensgebrauchspflicht nicht gegen die Herkunftsbestimmungen des Markengesetzes zu verstossen. Hat also ein Produkt nicht die Qualität eines Schweizer Produktes, so darf nicht die Firma als Logo zu Werbezwecken verwendet werden, weil daraus eine Täuschungsgefahr resultiert.<sup>123</sup> Ferner muss bei alternativen Produkten-Auslobung wie «Swiss Research» oder «Swiss Clinically Tested»<sup>124</sup> die Voraussetzung erfüllt sein, dass der ausgelobte Teilschritt vollumfänglich in der Schweiz erfolgt ist. An dieser Stelle ist nach der Art des Zusatzes zu unterscheiden.

**b. Überprüfung der Swissness-Voraussetzungen****aa. Naturprodukte**

Naturgemäss kommt der Bestimmung des Herkunftanteils eine grosse Bedeutung zu. Hilfestellung bei der Erurierung des zumutbaren Rohstoffanteils (in Abhängigkeit der Verfügbarkeit eines Rohstoffs) können dabei zukünftig die Statistiken der Branchen-Dachverbände bieten. Alternativ könnte auch ein Gutachten des Bundesamts für Landwirtschaft beigezogen werden.<sup>125</sup> Allerdings wird angestrebt, dass in Zukunft die Selbstversorgungsgrade aufgrund einheitlicher Regeln und aufgrund öffentlich zugänglicher Datenquellen festgestellt werden können.<sup>126</sup>

Zudem ist es am Bundesrat, in entsprechenden Verordnungen festzuhalten, in welchem Verhältnis der nicht genügend vorhandene Rohstoff von der Berechnung der 80 Prozent des Gewichts ausgenommen wird. Dies könnte bspw. der Fall sein, wenn die einheimische Zuckerproduktion weniger als die Hälfte des Bedarfs der Hersteller von verarbeiteten Naturprodukten deckt und sich die betroffenen Branchen darauf einigen, die Einzelheiten in einer Verordnung zu regeln.<sup>127</sup> Da sich Rohstoffvor-

kommen auch nach Marktbedingungen richten, müssen solche Branchenverordnungen periodisch angepasst werden. Diese Regelung ist u.E. zu begrüßen, weil damit auf Branchenspezifikationen eingegangen werden kann. Die Initiative liegt dabei auch bei den Wirtschaftsbranchen, welche dem Bundesrat konkrete detaillierte Vorentwürfe unterbreiten können.

**bb. Industrieprodukte**

Die Kosten für Forschung und Entwicklung können berücksichtigt werden. Allerdings kann es teilweise, insbesondere in der Anfangsphase, schwierig sein, die Kosten einem bestimmten Produkt zuzuweisen. Diesfalls sollte dennoch eine approximative Zuweisung erfolgen, damit nicht im Nachhinein festgestellt wird, dass die vollen Kosten für zwei Produkte verwendet worden sind. Auch mit der revidierten Gesetzesvorlage ist noch unklar, wie dem Problem begegnet werden soll, wenn ein Produkt aufgrund einer steigenden Nachfrage die Swissness-Vorlagen plötzlich nicht mehr erfüllt, weil der Anteil der Kosten für Forschung und Entwicklung mit steigender Produktezahl schwindet. Des Weiteren ist unklar, wie mit F&E-Kosten umgegangen werden soll, nachdem sie gemäss Businessplan abgeschrieben wurden und konsequenterweise der schweizerische Anteil kleiner, u.U. zu klein für die bisherige Verwendung der schweizerischen Herkunft geworden ist. Das Institut für Geistiges Eigentum ist daran, Möglichkeiten zu evaluieren, welche diesen Problemen Abhilfe schaffen könnten. Allfällige Resultate werden voraussichtlich Mitte 2014 anlässlich der Vernehmlassung zur Verordnung zum revidierten Markenschutzgesetz präsentiert werden.<sup>128</sup>

**cc. Film**

Ergeht im Nachhinein ein negativer Entscheid des BAK betr. des schweizerischen Anteils und damit der Finanzierung, müsste es möglich sein, bei wesentlichen Änderungen im Filmprojekt eine erneute Verfügung zu verlangen, die dem Produzenten ein Abwägen ermöglichen würde. Dabei wäre es von Vorteil, wenn dies in einem zeitlich engen Rahmen geschehen könnte, um das Projekt nicht allzu sehr zu verzögern. Die konsequente Verwendung des bereits heute vorgesehenen Punktesystems könnte zudem mehr Transparenz schaffen und dem Produzenten eine verbesserte Einschätzung hinsichtlich des schweizerischen Anteils gewähren.

<sup>123</sup> BBI 2009 (FN 40), 8583.

<sup>124</sup> Schriftliche Auskunft des IGE vom 8. November 2013: Eine solche Auslobung dürfte nur gemacht werden, wenn die klinischen Tests gesetzlich vorgeschrieben oder branchenweit einheitlich geregelt sind.

<sup>125</sup> BBI 2009 (FN 40), 8592.

<sup>126</sup> Schriftliche Auskunft des IGE vom 15. Oktober 2013.

<sup>127</sup> BBI 2009 (FN 40), 8593 f.

<sup>128</sup> Schriftliche Auskunft des IGE vom 15. Oktober 2013.